CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO presentadas el 6 de junio de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. En el presente asunto, el Sozialgericht Stuttgart solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la compatibilidad de la normativa alemana relativa a la concesión de pensiones por incapacidad profesional o incapacidad de ganancia con el Derecho comunitario, así como sobre la validez del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. [1]

2. Resumiré brevemente los hechos que dan origen al procedimiento en el asunto principal. La Sra. Paraschi, de nacionalidad griega, ejerció desde 1965 hasta 1979 una actividad en régimen de aplicación obligatoria a la Seguridad Social en Alemania y cotizó 102 mensualidades en total en concepto de seguro de pensión. En julio de 1979, regresó a su país de origen donde no pudo reanudar una actividad laboral debido al empeoramiento de su estado de salud, ni tampoco disfrutar de una pensión de invalidez por haber cotizado durante un período demasiado breve al seguro de pensión helénico.

Dos solicitudes de concesión de la pensión de invalidez alemana, presentadas en 1978 y en 1980, le fueron denegadas por la institución competente debido a que la capacidad laboral de la Sra. Paraschi no había resultado suficientemente menoscabada, a efectos de la normativa alemana.

Una tercera solicitud, presentada en 1985, también le fue denegada, pese a que se había comprobado que la demandante se encontraba temporalmente imposibilitada para reanudar su actividad laboral por razones de salud. La denegación se fundó, esta vez, en una normativa promulgada en 1984 para hacer más rigurosos los requisitos para la concesión de la pensión de invalidez, en el sentido de que las pensiones por disminución de la capacidad laboral sólo pudieran concederse cuando: a) el asegurado hubiera ejercido una actividad en régimen de afiliación obligatoria a la Seguridad Social, y b) hubiera cotizado 36 mensualidades, como mínimo, durante el período de 60 meses (período de referencia) anteriores al momento en que sobrevenga la invalidez.

3. Por otra parte, es necesario precisar, a efectos del presente asunto que, para el cálculo del período de referencia, la normativa de que se trata prevé que no se tendrán en cuenta determinados períodos especiales, taxativamente enunciados, que se añaden al período de 60 meses, prolongándolo. Entre estos períodos especiales están los períodos de interrupción, en particular, por causa de enfermedad o de desempleo, que hubieran dado lugar a la concesión de prestaciones o que, en determinadas circunstancias, no hubieran dado lugar a esta concesión, así como los períodos de incapacidad laboral, en la medida en que no deban ser computados como períodos de interrupción.

Además, se estableció un régimen transitorio, según el cual los requisitos para la con-

* Lengua original: italiano

1 — DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98.

cesión de una pensión de invalidez, que se hallaban en vigor hasta el 31 de diciembre de 1983, continuaban siendo aplicables cuando se hubiesen pagado las cotizaciones voluntarias durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1984.

4. Puesto que el Sozialgericht Stuttgart, al que se había dirigido posteriormente la Sra. Paraschi con el fin de obtener el reconocimiento de su derecho a una pensión de invalidez alemana, dudaba de la compatibilidad de dicho régimen con las pertinentes disposiciones de Derecho comunitario, decidió suspender el procedimiento e interrogar al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de las disposiciones del Reglamento nº 1408/71 y de las mencionadas disposiciones que modifican la Ley de Seguridad Social con el apartado 2 del artículo 48 y con el artículo 51 del Tratado CEE.

5. Esta cuestión, formulada en términos generales, no obstante necesita una formulación más puntual, habida cuenta, en particular, de los hechos relativos al litigio principal y de los fundamentos presentados en la resolución de remisión.

En efecto, se desprende de estos elementos que el Juez *a quo* desea esencialmente saber si el Derecho comunitario y, en concreto, el apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado, así como el Reglamento nº 1408/71 se oponen a la aplicación de una normativa como la descrita y, eventualmente, si es válido el Reglamento nº 1408/71 en relación con los principios establecidos por las mencionadas disposiciones del Tratado CEE.

6. Para responder a la primera de estas cuestiones, es pues necesario efectuar otra precisión. En realidad, dos aspectos de la normativa alemana son relevantes para el presente asunto. Por un lado, la propia previsión de un período de referencia durante el cual se deben pagar las contribuciones y, por otro, los posibles efectos discriminatorios debidos a las modalidades de prórroga de este período.

7. En lo que atañe al primer punto, hay que observar que, según una reiterada jurisprudencia, el artículo 51 del Tratado y el Reglamento nº 1408/71 prevén únicamente la acumulación de los períodos de seguro cubiertos en diferentes Estados miembros y no regulan los requisitos que deben cumplirse para cubrir esos períodos de seguro, ya que corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos del derecho o de la obligación de afiliación a un régimen de Seguridad Social, siempre que, bien entendido, no se efectúe discriminación alguna entre los nacionales del Estado de acogida y los nacionales de los demás Estados miembros. [2]

De lo que se sigue que, en principio, el Derecho comunitario no se opone a la facultad del legislador nacional para hacer más rigurosos los requisitos para la obtención de una pensión de invalidez, siempre que los requisitos exigidos no impliquen ninguna discriminación, manifiesta o encubierta, entre nacionales comunitarios.

Ahora bien, la exigencia impuesta por el legislador alemán para obtener las pensiones por incapacidad laboral, es decir, el requisito de que el trabajador haya estado previamente sujeto al seguro obligatorio durante un período de referencia que preceda a la

2 — Sentencias de 28 de febrero de 1989, Schmitt (29/88, Rec. p. 581); de 24 de abril de 1980, Coonan (110/79, Rec. p. 1445), apartado 12, y de 12 de julio de 1979, Brunori (266/78, Rec. p. 2705), apartado 5.

invalidez, constituye en sí mismo un requisito objetivo que se aplica indistintamente a los trabajadores nacionales y a los de los demás Estados miembros y, por lo tanto, no es criticable desde el punto de vista del Derecho comunitario.

8. En lo que atañe a la referencia hecha por el Juez de remisión a posibles violaciones del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos, a raíz de la aplicación de esta normativa a situaciones pendientes y a derechos ya adquiridos, debe señalarse que dicho perjuicio sería, de todos modos, consecuencia de la sola aplicación de la normativa nacional y, por consiguiente, debe apreciarse exclusivamente en el plano de los principios constitucionales internos.

9. Por el contrario, la apreciación del aspecto de la legislación alemana relativo a la posibilidad de prórroga del período de referencia es más delicada y más compleja.

A este respecto cabe señalar que, en un primer momento, la práctica seguida por las autoridades alemanas consistía en que, a efectos de la prórroga, únicamente se computaban los períodos durante los cuales se habían abonado prestaciones en virtud de la legislación nacional.

Para remediar dicha práctica, el legislador comunitario modificó el Reglamento nº 1408/71, insertando con efecto retroactivo el artículo 9 *bis*[3], según el cual:

«Si la legislación de un Estado miembro supedita el reconocimiento del derecho a una prestación al cumplimiento de un período mínimo de seguro durante un período determinado anterior a que se produzca el hecho asegurado (período de referencia) y dispone que los períodos en los que se hayan concedido prestaciones en virtud de la legislación de ese Estado miembro o los consagrados a la educación de los hijos en el territorio de dicho Estado miembro prolongan dicho período de referencia, también lo harán los períodos en los que se hayan concedido pensiones de invalidez o vejez, prestaciones de enfermedad, desempleo o accidentes de trabajo (exceptuando las rentas) en virtud de la legislación de otro Estado miembro, así como los períodos consagrados a la educación de los hijos en el territorio de otro Estado miembro.»

10. Dicha disposición no ha resuelto, sin embargo, todos los problemas ni las potenciales discriminaciones generadas por la normativa y por la práctica alemanas antes descritas.

En la práctica pueden darse algunas situaciones y, aparentemente, éste es el caso de la Sra. Paraschi, en las cuales, por motivos inherentes a la diferente estructura de los regímenes de Seguridad Social de los distintos Estados miembros, determinados hechos o circunstancias que en el Estado de la institución competente causan derecho al pago de prestaciones, prorrogando por consiguiente el período de referencia, no causan derecho a prestaciones análogas en el país de procedencia del trabajador migrante, con la consecuencia de que este último puede encontrarse en la situación de ver frustrada su propia expectativa a una pensión por disminución de su capacidad laboral, por el mero hecho de haber abandonado el país en donde había adquirido sus derechos y, todo ello, a pesar de haber pagado con regularidad las contribuciones preceptuadas por la Ley.

3 — Reglamento nº 2332/89 del Consejo, de 18 de julio de 1989 (DO L 224, p. 1)

11. Pues bien, aunque es verdad que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 51 del Tratado contempla una coordinación y no una armonización de las legislaciones y, por lo tanto, deja subsistir diferencias entre los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros y, por consiguiente, entre los derechos de las personas que trabajan en ellos,[4] y que, por otra parte, los artículos 7 y 48 del Tratado prohíben que cada Estado miembro aplique su Derecho interno de modo diferente por razón de la nacionalidad, también es verdad que el Derecho comunitario impone que cada una de estas legislaciones se aplique a todas las personas que estén sometidas a ella, de acuerdo con criterios objetivos y sin tener en cuenta su nacionalidad.[5]

Desde este punto de vista, el Tribunal de Justicia ha declarado que existe discriminación cuando los requisitos relativos a la adquisición o a la conservación del derecho a prestaciones se definen de tal modo que, en realidad, sólo los nacionales del Estado miembro interesado pudiesen reunirlos, o si se definen los requisitos de supresión o de suspensión de este derecho de tal modo que, en realidad, se cumplen más fácilmente por los nacionales de los demás Estados miembros que por los nacionales del Estado miembro del que depende la institución competente.[6]

Por otra parte, según una reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato no sólo prohíbe las discriminaciones manifiestas, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado.[7]

12. A la luz del marco jurisprudencial antes expuesto, suscita forzosamente una seria perplejidad la práctica de no computar, a efectos de la prórroga del período de referencia, los hechos y las circunstancias acaecidos en otro Estado miembro que corresponden a hechos y circunstancias que, en el ámbito del ordenamiento jurídico del Estado del que depende la institución competente, hubieran dado derecho a una prórroga de este período en el supuesto de que, debido a la diferente estructura de los regímenes de Seguridad Social, dicha situación no hubiera causado derecho al pago de prestaciones en el país de residencia.

En este supuesto, el trabajador migrante se encontraría, en realidad, en la situación de tener que soportar, no ya las inevitables consecuencias negativas que puedan derivar de las disparidades existentes entre las legislaciones de los distintos Estados miembros, sino los efectos específicos de una normativa nacional que, al prever la posibilidad de prórroga del período de referencia, fija un requisito tal que difícilmente puede cumplirlo un nacional de un Estado miembro diferente de aquel en que tiene su sede la institución competente.

13. En efecto, si bien esta normativa se aplica en principio indistintamente, puede perjudicar de forma mucho más grave a los trabajadores migrantes que, por razones diversas y evidentes, tienden a regresar a sus

4 — Sentencias de 7 de febrero de 1991, Rönfeldt (C-227/89, Rec. p. I-323), apartado 12; de 27 de septiembre de 1988, Lenoir (313/86, Rec. p. 5391), apartado 13, y de 15 de enero de 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1), apartado 20.

5 — Sentencia de 28 de junio de 1978, Kenny (1/78, Rec. p. 1489), apartado 18.

6 — Sentencia de 28 de junio de 1978, Kenny, antes citada, apartado 17.

7 — Sentencias de 15 de enero de 1986, Pinna, antes citada, apartado 23; de 12 de julio de 1979, Toia, (237/78, Rec. p. 2645), apartado 12, y de 15 de enero de 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153), apartado 11.

países de origen en caso de enfermedad o de desempleo, quedando sometidos, en consecuencia, a un régimen diferente de Seguridad Social.

Dicha normativa, que amplian los efectos negativos que derivan de la diversidad de los regímenes de seguro, impone de hecho, en numerosos casos, una obligación de residencia para los trabajadores migrantes y constituye un serio obstáculo para la realización del principio de la libre circulación de los trabajadores.

14. A este respecto, debo señalar que el hecho de que el legislador alemán haya establecido una normativa transitoria que, en determinadas circunstancias, permite la posibilidad de prorrogar el régimen anterior, no altera la esencia del problema, aunque no se tenga en cuenta la dificultad de que los trabajadores migrantes que regresan a sus respectivos países sean adecuadamente informados acerca de dicho régimen.

15. Por lo tanto, como antes se ha dicho, si el apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado se oponen a la aplicación de una normativa como la descrita, en la medida en que no prevé una posibilidad de prórroga del período de referencia para los hechos y circunstancias, acaecidos en otro Estado miembro, que correspondan a hechos y circunstancias que en el ordenamiento jurídico de que se trata permiten dicha prórroga, queda por comprobar si la falta en el Reglamento nº 1408/71 de una disposición que impida esta discriminación puede constituir un motivo de invalidez de dicho Reglamento y, más en particular, de su artículo 9 *bis*.

A este respecto, debe indicarse que, como resulta de los argumentos desarrollados más arriba y de las propias observaciones de la Comisión, el artículo 9 *bis* no representa una verdadera norma de coordinación de los diferentes regímenes de Seguridad Social, sino más bien una disposición declarativa de la obligación de no discriminación establecida por el Tratado.

Sin embargo, no se puede dejar de señalar que, al explicar dicha obligación, el legislador comunitario ha reducido de forma injustificada su alcance y que su aplicación, por parte de las administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales, deja subsistir una discriminación incompatible con el Derecho comunitario.

Desde esta perspectiva, el artículo 9 *bis* debe pues ser declarado inválido en la medida en que no prevé que se tengan en cuenta los hechos y circunstancias acaecidos en otro Estado miembro a efectos de la prórroga del período de referencia.

16. En cuanto a los efectos de una eventual declaración de invalidez en el sentido antes indicado, deben tenerse presentes dos consideraciones: en primer lugar, que, en las circunstancias particulares de este asunto, la discriminación resulta más bien del silencio del texto legal que de su enunciado y, en segundo lugar, que el derecho de los particulares a obtener una prórroga del período

de referencia, en relación con hechos y circunstancias acaecidos en otro Estado miembro, deriva directamente del Tratado y subsistiría aun cuando no existiese una específica disposición normativa.

De todo ello se sigue que, a la espera de una nueva normativa, las autoridades nacionales competentes están obligadas a ampliar, en el sentido antes indicado, el alcance de la obligación impuesta por el artículo 9 *bis*.[8]

17. A la luz de las consideraciones antes expuestas, sugiero pues al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Sozialgericht Stuttgart del siguiente modo:

«1) El Derecho comunitario no se opone a la facultad del legislador nacional de supeditar el reconocimiento del derecho a una prestación al cumplimiento de un período mínimo de seguro durante un período de referencia anterior al momento en que sobrevenga la contingencia asegurada.

2) Si la legislación de un Estado miembro supedita el reconocimiento del derecho a una prestación al cumplimiento de un período mínimo de seguro durante un período de referencia anterior al momento en que sobrevenga la contingencia asegurada y dispone que el acontecimiento de determinados hechos o circunstancias prorroga este período de referencia, el apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado CEE se oponen a la aplicación de una normativa que no tenga en cuenta, para el cálculo del período de referencia, de hechos y de circunstancias semejantes acaecidos en otro Estado miembro.

3) El artículo 9 *bis* del Reglamento (CEE) nº 1408/71 es inválido en la medida en que no prevé que, a efectos de la prórroga del período de referencia anterior al momento en que sobrevenga la contingencia asegurada, se tengan en cuenta hechos y circunstancias acaecidos en otro Estado miembro.

4) A la espera de una nueva normativa, las autoridades nacionales competentes están obligadas a ampliar, en el sentido antes indicado, el alcance de la obligación impuesta por el artículo 9 *bis* del Reglamento (CEE) nº 1408/71.»

8 — Para una solución análoga, véase la sentencia de 29 de junio de 1988, Van Landschoot (300/86, Rec. p. 3443), apartados 22 a 24.